

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

DANIELA SILVA FONTOURA DE BARCELLOS

ELCIO NACUR REZENDE

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende; Daniela Silva Fontoura de Barcellos; Mariana Ribeiro Santiago – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-725-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Esta publicação reúne os artigos aprovados no Grupo de Trabalho intitulado Direito Civil Contemporâneo II, do VI Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), realizado entre 20 a 24 de junho de 2023.

O grupo foi coordenado pelos Professores Doutores Daniela Silva Fontoura de Barcellos da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Elcio Nacur Rezende da Escola Superior Dom Helder Câmara e Faculdade Milton Campos e Mariana Ribeiro Santiago da Universidade de Marília

Portanto, a coordenação do Grupo de Pesquisa e a redação desta apresentação foi incumbência de todos os docentes acima que, honrosamente, fazem parte do CONPEDI e buscam em suas pesquisas aprofundar o conhecimento sobre a Ciência Jurídica, na esperança da conscientização da importância de vivermos em uma sociedade melhor.

É indiscutível a qualidade dos artigos apresentados por diversos autores dos mais diferentes estados do Brasil, fruto de profundas pesquisas realizadas por Mestrandos, Mestres, Doutorandos e Doutores dos diversos Programas de Pós-graduação em Direito de dezenas instituições de ensino.

Nos textos, estimado(a) leitor(a), você encontrará trabalhos que representam, inexoravelmente, o melhor conhecimento sobre Direito Civil e suas interrelações com os demais ramos da Ciência Jurídica e de outras áreas do conhecimento como a Sociologia, Urbanismo, Inteligência Artificial, Ciência Política, Psicanálise, entre outras.

Os autores dos artigos foram Ariolino Neres Sousa Junior, Haroldo Trazibulo Matos Guerra Neto, Flávia Thaise Santos Maranhão, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Marcos Vinícius Canhedo Parra, Daniel Stefani Ribas, Leticia Faturetto de Melo, Danilo Rodrigues Rosa, Óthon Castrequini Piccini, Fabio Garcia Leal Ferraz Kelly Cristina Canela, Nicole Kaoane Tavares Judice Giane, Francina Rosa, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, Alisson Jose Maia Melo, Alisson Jose Maia Melo, Paulo André Pedroza de Lima, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Adelino Borges Ferreira Filho, Jorge Teles Nassif, Elizabete Cristiane De Oliveira Futami De Novaes, Frederico Thales de Araújo Martos, Alissa Serra Buzinaro, Elizabete Cristiane De Oliveira Futami de Novaes, Valdir Rodrigues de Sá, Joel

Ricardo Ribeiro De Chaves, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini, Elcio Nacur Rezende e Warley França Santa Bárbara.

Fica registrado o enorme prazer dos coordenadores do grupo de trabalho em apresentar este documento que, certamente, contém significativa contribuição para a Ciência Jurídica.

O TESTAMENTO NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

THE WILL IN SUCCESSION PLANNING

Marcos Vinícius Canhedo Parra ¹

Resumo

O testamento é um instituto jurídico que, apesar de consolidado no direito brasileiro, tem pouco impacto prático. Em comparação com outros atos, sobretudo no domínio da atividade notarial, em que os notários são responsáveis pela elaboração dos testamentos públicos e pela aprovação dos testamentos cerrados, o número de testamentos feitos é muito reduzido, apesar da grande importância do testamento como instrumento de planejamento sucessório. O papel dos advogados e dos notários no estímulo à utilização desse instituto jurídico é fundamental. Em grande medida, é o desprestígio do testamento entre os próprios profissionais do direito que ocasionam sua pouca utilização. O testamento encontra-se numa intersecção entre o direito civil e o notarial, de modo que o conhecimento e estudo de ambos é essencial. O artigo busca investigar a normativa e a aplicação desse instituto jurídico. Conclui-se que é o desconhecimento das possibilidades conferidas pelo testamento e das regras sucessórias do direito brasileiro que implica na baixa popularidade do instituto. O artigo vale-se da pesquisa bibliográfica, com revisão de literatura e de uma abordagem dogmática.

Palavras-chave: Direito civil, Direito notarial, Notário, Sucessão, Testamento

Abstract/Resumen/Résumé

The will is a legal institution that, despite being consolidated in Brazilian law, has little practical impact. Compared to other acts, especially in the field of notarial activity, in which notaries are responsible for drawing up public wills and approving closed wills, the number of wills made is very small, despite the great importance of the will as a planning tool inheritance. The role of lawyers and notaries in encouraging the use of this legal institute is fundamental. To a large extent, it is the lack of prestige of the will among legal professionals themselves that causes its little use. The will is at an intersection between civil and notarial law, so that knowledge and study of both is essential. The article seeks to investigate the regulations and application of this legal institute. It is concluded that it is the lack of knowledge of the possibilities conferred by the will and the succession rules of Brazilian law that implies the low popularity of the institute. The article draws on bibliographical research, with a literature review and a dogmatic approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil law, Notary law, Notary, Succession, Testament

¹ Bacharel e Mestrando em Direito pela UNESP. Mestrando em Direito pela UCAM. Pós-Graduado em Direito pela EPD, PUC Minas e UÁM (Espanha). Pós-Graduando em Direito pela UC (Portugal).

1. Introdução

O testamento é um instituto jurídico há muito consolidado no direito brasileiro. Contudo, apesar disso, e de ser amplamente estudado pela doutrina nacional, não merece a mesma acolhida pela população, as pessoas raramente se interessam pela lavratura de testamentos, desconhecem seu regramento e poucos buscam informações a respeito.

Informar a razão ou as razões exatas pelas quais isso ocorre é uma tarefa difícil, pois não há estudo ou pesquisa a respeito. Contudo, pode-se especular que os motivos passam pela pequena poupança do brasileiro, que ao final da vida raramente acumulou bens o suficiente para justificar a lavratura de um testamento, e pela crença de que as normas de sucessão são por si só justas, de modo a não se justificar a utilização do testamento.

Contudo, o que se nota é que o simples ato de pensar e estabelecer disposições testamentárias pode resolver inúmeras questões familiares conflituosas, impedindo a eclosão de litígios futuros entre sucessores. É comum que, diante da falta de existência da vontade do falecido seus sucessores entrem em disputa para garantir para si o maior e melhor quinhão possível.

Os dois personagens do universo jurídico com a maior possibilidade de contribuírem para a ampliação do uso do testamento são os advogados e os notários. Isso, em decorrência da característica essencial de aconselhamento que ambos possuem. Mas, sem se descuidar de que, para a lavratura do testamento, não pode haver sugestão, induzimento e, muito menos, coação. O aconselhamento é possível, de outro modo o profissional jurídico sequer poderia falar sobre o testamento.

A função dos advogados, talvez ainda mais que a dos notários, é fundamental, pois é frequente que se busque primeiro o aconselhamento do advogado, para apenas depois de sua orientação seguir na formatação jurídica da vontade.

Assim, uma pessoa que esteja preocupada com o destino de seus bens após seu falecimento, ao receber o aconselhamento do advogado, poderia ser aconselhada a pensar no modo como poderia estabelecer a distribuição de seus bens entre seus herdeiros, entre outras pessoas, de modo a prevenir litígios e garantir a harmonia familiar, com frequência comprometida após o falecimento de uma pessoa, em razão de disputas e ressentimentos entre os herdeiros.

Após a orientação inicial do advogado, comparecendo o testador no tabelionato, poderão todos, testador, advogado e notário, dialogar sobre o conteúdo definitivo do testamento, sempre lembrando que a vontade definitiva é a do testador, e deve haver um cuidado especial

do advogado e do notário em não interferir na manifestação dessa vontade, mas apenas indicar a melhor formatação jurídica para que essa vontade seja respeitada. E, essa função de aconselhamento é difícil, com diversas nuances, mas, não obstante, essencial.

Com o uso do testamento, pode-se promover uma sucessão mais justa e com uma carga de litígio reduzida. Nota-se que, no momento da abertura da sucessão, e com a inauguração do inventário, afloram conflitos entre meeiros e herdeiros, os quais podem ser, senão eliminados, ao menos reduzido, por um ato singelo do notário, porém de imenso impacto, que é a lavratura de testamentos públicos e aprovação dos cerrados.

2. A aplicação prática do testamento

Se observada a prática de inúmeros outros atos do universo jurídico, especialmente aqueles referentes às atividades notariais e registrais, nota-se que o testamento é um instituto jurídico que, apesar de consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, encontra pouca repercussão prática. O número de inventários lavrados extrajudicialmente, por exemplo, supera em muito o número de testamentos lavrados.

Frequentemente o notário se depara com inventários, que, depois da autorização legal conferida para que fossem feitos no âmbito das serventias extrajudiciais, quando não houver partes menores ou incapazes, e na presença da concordância de todos, passaram a fazer parte do cotidiano da atividade notarial.

Mas, enquanto o número de inventários lavrados cresce constantemente, raramente depara-se o notário com pedidos de lavratura de testamentos. Não há razão jurídica que o justifique, já que se trata de um ato singelo, que envolve pouca documentação.

Enquanto o próprio inventário demanda grande organização dos sucessores para reunirem todos os documentos necessários à sua lavratura, que são muitos, entre certidões de registro civil, certidões de bens, móveis ou imóveis, entre outras tantas certidões, como as negativas de tributos municipais, estaduais e federais.

Para a lavratura do testamento, basta que o testador compareça portando documento de identificação, acompanhado de duas testemunhas, também com seus documentos de identificação. Deverá, então, o notário verificar a capacidade do testador para o ato de testar, o que é uma tarefa séria, que demanda aguda percepção (RODRIGUES E FERREIRA, 2020, p. 297).

Verificando o notário a capacidade do testador, deverá colher sua manifestação de vontade, para lavrar o testamento, que, finalizado, deverá ser lido em voz alta na presença das testemunhas, que tudo devem acompanhar, para, se for o caso, posteriormente poderem atestar que, realmente, aquela foi a vontade declarada, o que é um reforço à fé pública do tabelião, por si só suficiente para determinar que a vontade declarada foi, de fato, aquela.

Feito o testamento, o notário não poderá dar publicidade de seu conteúdo, salvo para o próprio testador, ou após o seu falecimento, desde que o requerente o comprove por meio da apresentação de certidão de óbito. Há códigos de normais estaduais que autorizam o pedido de certidão de conteúdo do testamento feito por meio de procurador, como o código paulista, enquanto outros permitem a emissão de certidão apenas para o próprio testador, como o código mineiro.

O testamento é um ato particularmente recomendável quando há conflitos familiares, ou a iminência de que aflorem, pois seu conteúdo é sigiloso. Assim, o testador pode resolver pendências e determinar categoricamente a repartição de seus bens, confiante de que suas declarações de vontade serão respeitadas, pois guardadas pelo tabelião de notas, e por imperativo legal.

Quando familiares não conseguem conversar entre si sobre a distribuição de bens, a palavra final é do testador, que, por frequentemente ser pessoa com mais idade, com mais experiência, encontrará a melhor forma de deixar seus bens para entes queridos, evitando que discutam entre si e desintegrem a família por questões meramente patrimoniais.

Embora poucos percebam, o testamento é um instituto jurídico que carrega em si imenso poder, é um ato delicado, que requer extrema atenção do tabelião de notas, pelos efeitos que gera, a alteração dos destinatários do patrimônio do testador. Se não fizesse o testamento, os bens iriam todos para seus herdeiros necessários. Mas, com o testamento, isso pode se alterar sensivelmente (ANTONINI, 2013, p. 29).

É por essa razão que o legislador estabeleceu que devem comparecer ao ato de leitura e assinatura do testamento não apenas o testador, mas também duas testemunhas, que tudo devem acompanhar, para, eventualmente, se for o caso, confirmarem que o testador realmente testou, e que testou daquele modo. A solenidade é muito grande, especialmente se considerado que outros atos tão importantes quanto não exigem a necessidade de comparecimento de testemunhas.

Apesar dessa previsão legal, pode-se questionar a necessidade de que duas testemunhas compareçam ao ato de lavratura do testamento público, visto que o notário possui fé-pública, e isso deveria bastar para a lavratura do testamento. A partir dessa perspectiva, não

parece correta a exigência de comparecimento das testemunhas, pois cria uma situação de enfraquecimento da fé-pública, que é ínsita à atividade notarial.

Contudo, nota-se que, de fato, poucas pessoas se dão conta do poder ínsito ao testamento, pois é instituto jurídico de baixíssima utilização no Brasil. São poucos aqueles que buscam, espontaneamente, orientações sobre o testamento. Frequentemente, os advogados são os primeiros a serem consultados. E, posteriormente, os notários. É importante que esses profissionais incentivem a utilização do testamento, quando seu uso trazer ao testador benefícios.

Mesmo a jurisprudência brasileira busca facilitar a utilização do testamento, em muitos momentos acolhendo a validade de testamentos que não seguiram fielmente todo o rigor da disciplina legal, especialmente do princípio da unidade do testamento (TOLEDO, 2020, p. 21).

Neste ponto, como se alertou, é importante destacar que o testador não pode ser destinatário de sugestão, induzimento ou, muito menos, coação. Todavia, a orientação jurídica não se enquadra nessas proibições, e não faria sentido caso se enquadrasse, pois sequer se poderia dialogar sobre o instituto.

A consulta jurídica, e a orientação dos profissionais adequados, é de grande relevo para aquele que se propõe a testar, para que seja esclarecido do melhor modo de fazê-lo, e de suas consequências.

3. O uso do testamento no planejamento sucessório

O legislador encarregou-se de estabelecer normas para a sucessão. Há todo um conjunto de normas no Código Civil que dispõe sobre o assunto. Há regras sobre a sucessão legítima e sobre a sucessão testamentária. Como se disse, no Brasil as disposições sobre a sucessão testamentária, que são aquelas relativos ao instituto jurídico do testamento, são amplamente ignoradas, em favor daquelas a respeito da sucessão legítima.

É tarefa difícil elencar as causas pelas quais a sucessão legítima granjeia destaque tão superior ao da sucessão testamentária, mas se pode aventar que isso se deve à crença popular de que as regras da sucessão legítima são, por si só, justas, o que não é verdade, muitas vezes comprometem o recebimento de patrimônio por pessoas que, do ponto de vista da justiça, deveriam receber um bom quinhão.

Ainda, pode-se imaginar que o brasileiro acumula pouca poupança ao longo de sua vida, já que o Brasil ainda se encontra na categoria de país em desenvolvimento, poucos ofícios remuneram realmente bem, e a maior parte do dinheiro ganho é gasto com as despesas

cotidianas de manutenção da família. O que se nota é que o brasileiro médio com muito esforço consegue adquirir a casa própria.

Portanto, acredita-se que a baixa acumulação de patrimônio, aliada à pouca informação da sociedade a respeito das normas de sucessão, é que leva ao desprezo pela utilização do testamento. A experiência do tabelião de notas revela que são poucas as pessoas que comparecem para pedir informações sobre o testamento, e menos ainda aquelas que efetivamente pedem sua lavratura.

É lamentável, pois são muitas as questões que podem ser resolvidas por essa via. Não apenas patrimoniais, como muitas outras, especialmente familiares (CHAVES E REZENDE, 2013, p. 209).

Um exemplo importante é aquele disposto no art. 1.609, III, do Código Civil, que permite o reconhecimento de filhos no âmbito do testamento, e que é, inclusive, irrevogável. O efeito familiar do reconhecimento é imenso.

Outro exemplo é aquele estabelecido no art. 1.1634, VI, do Código Civil, em que se permite a nomeação de tutor por meio de testamento, outra questão familiar de grande impacto, pois o testador elege a pessoa que considera mais adequada para permanecer como tutor de seus filhos, em caso de faltar.

Mais um exemplo é aquele do art. 1.711 do Código Civil, cuja disposição permite que os cônjuges ou a entidade familiar institua bem de família por testamento, resguardando parte de seu patrimônio, que ficará livre de responder de determinadas dívidas.

Nesse caso, cuida-se tanto de questões patrimoniais quanto familiares, pois o objetivo da instituição do bem de família é proteger a residência dos membros da entidade familiar, garantindo ao menos o patrimônio mínimo, que foi defendido pela doutrina de Luíz Edson Fachin, e mantendo um mínimo de dignidade.

Por fim, mais um exemplo interessante é aquele que diz respeito à diferenciação entre cônjuges e companheiros no regime sucessório. Durante muito tempo, predominou o entendimento de que se justifica a diferenciação, de modo que o regime sucessório entre cônjuges seria diferente daquele aplicado aos companheiros, e muito mais favorável para o casal (LIGIERA, 2013, p. 222).

No que toca essencialmente às questões patrimoniais, as possibilidades do testamento são muitas. Em primeiro lugar, deve-se mencionar que existem herdeiros necessários, pessoas que não podem ser privadas de sua legítima, que é representada pela metade dos bens do testador. Os herdeiros necessários são os cônjuges, os descendentes e os ascendentes.

Quando houver herdeiros necessários, o testador é livre para resolver sobre o destino apenas da metade de seus bens, preservando a legítima daqueles (GALLUCI, 2019, p. 97). Mas, observada essa restrição, é livre para estabelecer livremente o destino da outra metade. É comum que testadores deixem bens ou valores para pessoas pelas quais nutrem grande afeto, familiares ou não.

Pessoas que não receberiam bens, em um primeiro momento, como netos queridos, que muito ajudaram o testador, mas que nada receberiam de sua herança pois os herdeiros necessários são seus pais, e os avós querem agraciá-los mais cedo. E, ainda, sobrinhos ou outros familiares, por essa razão ou por outras quaisquer, merecem o carinho e o agradecimento de entes queridos.

É nesse sentido que se pode entender que a sucessão legítima não é necessariamente justa. Há familiares que, em momentos de necessidade, não amparam outros, o que não é raro. Filhos que abandonam pais, ou pais que abandonam filhos, quando mais precisam. E, se nada for feito, receberão um patrimônio que não merecem.

É inevitável que recebam algo, exceto nas hipóteses de deserdação e de indignidade, em que podem ser privados de seus direitos hereditários. Mas, com o testamento, o testador pode fazer uma distribuição mais justa de seus bens, deixando para aqueles que sente merecerem mais.

Um exemplo importante, e relativamente corriqueiro nos tabelionatos de notas, é aquele quando existe o desejo de que determinados bens fiquem para netos, mas os entraves ínsitos à prática de ato notarial como uma doação impedem que a pessoa cumpra seu desejo imediatamente. Isso, pois o custo do ato notarial, somado à necessidade de pagamento de tributos, como o imposto de transmissão *causa mortis* e doações, pode desestimular a pronta organização patrimonial.

É comum que neste tipo de situação o pedido ao tabelião seja de lavratura de escritura de doação com reserva de usufruto, caso em que, a depender da tabela de emolumentos de cada estado da federação, poderá haver a cobrança da doação, da reserva de usufruto, e dos tributos incidentes, elevando sobremodo o custo da prática do ato.

Normalmente, a configuração do ato é assim requerida pois se pretende que determinados bens já passem a compor o patrimônio do donatário, como um filho ou neto, mas com a segurança de que o doador poderá deles usufruir enquanto viver.

Embora exista o carinho e o afeto, o que se nota é que, quando da prática de atos relacionados ao patrimônio, impera a busca por segurança, e essa segurança, apesar de poder

ser garantida pela prática de atos notariais, possui um custo, que, para o cidadão médio brasileiro, pode representar um impeditivo.

Nessas situações, é papel do tabelião sugerir alternativas, quando verificar que podem melhor atender aos anseios e possibilidades do solicitante de seus serviços.

De fato, o tabelião, agindo assim, longe de estar se desviando do escopo de sua atuação, está agindo fielmente de acordo com o que o desenvolvimento histórico, e, atualmente, determinação legal, conferem-lhe. O tabelião de notas é, mais do que um profissional com capacidade técnica e jurídica para a lavratura de atos notariais, um conselheiro.

Possui não apenas autorização, mas também o dever de ouvir as partes e as aconselhar sobre qual a melhor via, jurídica, para atingir seus objetivos.

É certo que muitas pessoas que comparecem aos tabelionatos são pessoas com cultura jurídica, que entendem exatamente o que pretendem, os contornos jurídicos de sua solicitação, suas consequências e custos, especialmente se comparados com outras alternativas.

Mas, frequentemente, o que se verifica é que a maior parte dos usuários dos serviços notariais são pessoas leigas, que, embora possam possuir algum conhecimento jurídico, é superficial. E, em relação a essas pessoas, o tabelião deve se comportar como bom ouvinte e conselheiro, acolhendo a lavratura do ato solicitado nos exatos termos postos pelos solicitantes, quando entender que é essa a melhor medida, ou sugerindo modos outros que melhor satisfaçam os seus interesses.

A correta atuação do tabelião, nesse sentido, convém não só ao interesse individual das partes, mas cumpre com o papel que lhe foi dado por evolução histórica e pelo próprio ordenamento jurídico. Por aconselhar o melhor ato notarial, de acordo com as características de cada caso, o tabelião se comporta como um verdadeiro magistrado da paz privada.

É capaz de garantir a melhor configuração para questões jurídicas individuais, e, com isso, repercutir na pacificação social de modo geral, pois os conflitos que assolam o Poder Judiciário derivam quase todos de situações particulares que não foram bem estabelecidas ou resolvidas, e que resultaram na eclosão de desentendimentos e demandas judiciais.

No que toca especificamente ao uso do testamento, como se disse, é alternativa face a outros atos notariais que não satisfaçam, em determinado momento, o usuário do serviço notarial.

O custo do testamento é baixo em comparação com outros atos de disposição patrimonial. Com um único testamento o testador pode resolver sobre o destino de bens e valores variados, com pouco dispêndio de recursos. Quando de seu falecimento, o testamento surtirá efeitos, e mudará o rumo da distribuição do patrimônio, sem a necessidade de outros

gastos, a não ser o pagamento dos custos legais estabelecidos para o a sucessão, como o do imposto de transmissão *causa mortis* e doações.

No momento de realizar seu testamento, o testador apenas deverá arcar com o custo da própria lavratura do testamento, o que, a depender da tabela de emolumentos de cada estado da federação, é sensivelmente menor do que o custo para lavrar um ato de doação com os contornos acima descritos.

Demais consectários, como a necessidade de recolhimento de impostos, apenas despontarão quando do falecimento, com a abertura do inventário, quando, apenas então, serão resolvidas todas as questões relativas ao espólio, inclusive aquela referente à redistribuição do patrimônio do falecido, de acordo com suas disposições testamentárias.

Mencione-se, novamente, a conveniência do segredo que envolve o testamento público. O testador possui a comodidade de expressar todas as suas aspirações com relação aos seus bens e, ademais, outras questões de cunho não patrimonial, com a certeza de que se manterão guardadas pelo tabelião de notas, para serem trazidas a conhecimento apenas quando de seu falecimento, o que pode ser exatamente o maior desejo do testador, muitas vezes acometido pelas aflições de discussões familiares que, não raro, são travadas face a disputas em torno da riqueza.

4. O papel do notário na lavratura do testamento público e aprovação do cerrado

O notário é, por excelência, o profissional do universo jurídico que se encarrega da lavratura de testamentos públicos e da aprovação dos cerrados (RODRIGUES, 2011, p. 132).

Existem outras espécies de testamentos, como o testamento particular, e aqueles especiais, como o marítimo e o aeronáutico, com regramentos especiais, mas esses ou são feitos pelo próprio testador, com o comparecimento de testemunhas, no caso do testamento particular, que demanda a presença de três testemunhas, ou por profissionais outros, como os comandantes de embarcações e aeronaves.

Esses testamentos, apesar de sua importância, não comportam estudo neste artigo, que se dedica ao testamento público e ao cerrado, que são de competência legal do notário.

Todavia, uma observação que se faz é que os testamentos cerrados, apesar de tradicionalmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, praticamente não são utilizados. A experiência prática demonstra que raríssimas vezes esses testamentos são solicitados.

Isso provavelmente decorre das características dos diferentes testamentos. Enquanto no testamento público o testador manifesta sua vontade perante o notário, que guardará essa

vontade em segredo no tabelionato, no testamento cerrado o testador terá manifestado sua vontade por escrito em papel que será apenas cerrado pelo notário, que o devolverá ao testador.

Ou seja, o testamento público ficará permanentemente sob a guarda do notário, até que possa revelar seu conteúdo, pois, antes, deve guardar sigilo. Além disso, o notário participa da elaboração e do conteúdo do testamento público, de modo que há maior garantia da perfeição de seu conteúdo.

Já o testamento cerrado, a não ser que haja sido redigido sob orientação de advogado, é escrito pelo próprio testador, que, se leigo na cultura jurídica, poderá incorrer no risco de que as disposições testamentárias não surtam o esperado efeito. Além disso, não permanece sob guarda do notário, que apenas o cerrará e devolverá ao testador, anotando todo o ocorrido em seu livro de notas.

É comum que advogados participem do planejamento e da redação dos testamentos. As pessoas costumam consultar advogados de sua confiança, que comparecem com elas nos tabelionatos de notas, para auxiliar e acompanhar todo o procedimento de elaboração do testamento.

Mas, quem verificará se o conteúdo do testamento está em ordem, se está conforme as prescrições normativas, se não ofende direitos de terceiros, é, em última análise, o notário. Há diversas questões que devem ser avaliadas, desde a sensibilidade do notário para conferir se o testador comparece livre de sugestão, induzimento ou coação, até a análise daquilo que será objeto do testamento (CENEVIVA, 2014, p. 80).

Não pode, por exemplo, o testador dispor de mais da metade de seu patrimônio, se houver herdeiros necessários, que são os cônjuges, descendentes e ascendentes, pois é necessário que se preserve sua legítima. Tudo isso deve ser visto pelo notário, para não prejudicar direitos de terceiros.

Mas, o papel fundamental do notário, muito além de avaliar questões formais e legais, é de auxiliar o testador, com base na prudência notarial, sobre aquilo que é melhor dispor por meio do testamento. O testamento pode possuir conteúdo de direito patrimonial ou não, e entre o conteúdo não patrimonial se destaca aquele que se refere ao direito de família.

O testador pode tratar de assuntos sensíveis para sua família, como a nomeação de tutor para seus filhos, caso venha a falecer, ou de instituição de bem de família, que é instituto de pouca utilização pelas pessoas, injustificadamente, pois existe para preservar o patrimônio mínimo, ao menos a condição material mínima para garantir a subsistência e algum conforto para a família.

São disposições de grande importância, e às quais o notário deve se atentar para conduzir o testador até a melhor decisão sobre seus assuntos pessoais. Não se deve esquecer que o notário é um profissional de elevada qualificação técnica e jurídica, preparado para redigir atos notariais com amplo conteúdo jurídico, mas que, ainda mais, é um profissional que detém a função de aconselhamento (ERPEN, 2014, p. 14).

Embora não possa o notário interferir na manifestação de vontade do testador, não se pode olvidar que a cultura jurídica não é de conhecimento de todos. Muitos usuários dos serviços notariais a possuem, é frequente o comparecimento de advogados, por exemplo, solicitando a lavratura de atos para si mesmos, ou em auxílio de seus clientes.

Nesses casos, o notário terá um profissional prestando valioso auxílio jurídico e poderá descansar quanto à profundidade do aconselhamento notarial, pois o advogado que atende a demanda já haverá traçado, junto com seu cliente, a configuração do ato jurídico que se pretende praticar.

Não poderá, contudo, se descuidar da possibilidade da lavratura desse ato, nem das consequências que dele poderão advir para o testador. Mas, dado que esse está acompanhado do profissional jurídico de sua escolha, o fato de o notário interferir com intensidade sobre os contornos do ato pode provocar, até mesmo, ressentimentos.

Em todo caso, é certo que o notário não é obrigado a acolher a lavratura de nenhum ato quando for contrária à sua convicção, não pessoal, mas embasada no ordenamento jurídico, seja na lei, na doutrina ou na jurisprudência. É necessário que justifique sua recusa, e deve fazê-lo com fundamento em critérios objetivos, não subjetivos.

Quando o solicitante estiver desacompanhado de advogado, dado que a lavratura de testamento não demanda a presença desse profissional, ao contrário do que ocorre na lavratura de inventário, por exemplo, apenas o comparecimento de duas testemunhas, o notário possui mais espaço e liberdade para discutir e conduzir o desejo do testador para a melhor configuração jurídica possível.

Esse diálogo é importante, e, mesmo essencial, pois o direito é complexo, cheio de nuances, e não se pode esperar que uma pessoa que não possua contato direto com o direito, ou o possua, mas de modo superficial, entenda, do ponto de vista jurídico, exatamente como estabelecer sua vontade, ou mesmo entenda qual é essa vontade.

É pelo diálogo com o notário que as pessoas possuem a oportunidade de expressar todas as suas vontades e receber um parecer técnico e jurídico sobre sua possibilidade e comodidade. É nesta ocasião em que as aspirações leigas, em que a conversa coloquial, ganha

novos contornos, são recebidas conforme permite o ordenamento jurídico, de modo a satisfazer do melhor modo possível o desejo do testador.

O notário guarda grande respeito da sociedade, que vê em sua figura um baluarte de segurança, as pessoas se socorrem do aconselhamento notarial para diversos fatos e atos da vida. O notário se baseia em sua prudência comum, e em sua prudência notarial, para aconselhar sobre as melhores decisões relativas aos assuntos dos quais cuida em seu tabelionato.

Por isso, ao perceber que alguma pretensão do testador pode não produzir desejado, ou que, mesmo podendo produzir, não é um resultado bom, o notário pode sugerir outra soluções que melhor se ajustem ao caso posto à sua apreciação.

É comum que as pessoas compareçam aos tabelionatos de notas, para testar, e apresentem pretensões que, melhor analisadas, com a paciência e atenção necessárias, não se apresentem as melhores. Nesse caso, o notário pode aconselhar outro recurso, que melhor se ajustará aos fins desejados.

Um exemplo é útil para elucidar. Se uma pessoa comparece e requer ao notário a lavratura de testamento deixando um imóvel para determinada pessoa, é interessante que o notário indague sobre a possibilidade em algum momento aquele imóvel ser vendido.

Ao fazer essa indagação, descobrirá que existe a chance de que isso ocorra. A solução para o testador garantir que seu desejo de deixar algum patrimônio para essa pessoa seria fazê-lo pela previsão de que determinada porcentagem de sua parte disponível será a ela destinada.

Assim, ainda que o imóvel seja vendido, o testamento restará salvo, pois foi elaborado em termos genéricos, e não específicos. De outro modo, o testamento não produziria efeitos, pois o bem ao qual se refere já não mais compõe o patrimônio do testador.

São questões como essa, sutis, mas de imenso impacto, que o notário deve avaliar para, em conjunto com o testador, definir qual é a melhor configuração do testamento.

Destaque-se que o notário tem a função apenas de aconselhamento, e que a decisão última é do testador. O testador deve comparecer para a lavratura do testamento livre de sugestão, induzimento ou coação, e sua vontade é, nos limites da lei, soberana para determinar o destino de seu patrimônio.

Pelo que se discorreu até este momento, nota-se que é prerrogativa do notário a lavratura de testamentos público e a aprovação dos cerrados. Essa prerrogativa decorre de evolução histórica e foi acolhida pelo ordenamento jurídico.

Veja-se o artigo 7º, inciso II, da Lei nº 9.835/94, conhecida como a Lei dos Notários e dos Registradores: “Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados”.

Portanto, o notário tem a competência para lavrar essas espécies de testamento. E essa competência é legal, decorre da lei. Ou seja, se é dada por lei, apenas pode ser suprimida por lei.

Assim, aproveita-se para analisar disposição de código de normas que se reputa absurdo, dado que confronta diretamente com a lei, que é o art. 170, parágrafo único, do Provimento Conjunto nº 93/20 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, pelo qual, após transcrever o texto da lei, acima mencionado, dispõe: “Os oficiais de registro civil das pessoas naturais dos distritos onde as atividades notariais lhes estejam atribuídas cumulativamente ficam autorizados a praticar os atos atribuídos pela lei ao tabelião de notas, à exceção da lavratura de testamentos em geral e da aprovação de testamentos cerrados”.

O artigo é questionável pois não se pode conceber que, nesse caso, o profissional não seja, também, notário. Ou um notário menor. Não é apenas oficial de registro civil das pessoas naturais, mas é, igualmente, e efetivamente, um notário. Não se pode conceber que as funções de notário sejam concedidas sem que esse profissional seja um notário.

E, sendo assim, também não se pode admitir que, sendo notário, não possa lavrar todos os atos relacionados à atividade típica de notário, o que inclui, por óbvio, a lavratura de testamentos públicos e cerrados.

Talvez a lei pudesse estabelecer essa diferenciação, a de que notários com a função exclusiva de notários tenham a prerrogativa de lavrar testamentos públicos e cerrados, enquanto os oficiais de registro civil das pessoas naturais com atribuição notarial, não.

Mesmo assim, seria questionável, pois se estaria estabelecendo distinção onde não pode haver. Um notário não pode o ser pela metade. Ou é ou não é. Não se justifica que um notário tenha essa competência, e, outro, não.

Especialmente se considerado o critério utilizado pelo código de normas do Estado de Minas Gerais, que é um critério territorial.

Pelo que determina o código, um oficial de registro civil das pessoas naturais com atribuição notarial, com competência dentro de um município, poderia lavrar testamentos públicos e cerrados, mas, se sua competência for dentro de um distrito, não poderá.

Não há lógica nem razão que o justifique.

Se já seria discutível a diferenciação entre notários pelo mero fato de um deles ser, ainda, oficial de registro civil das pessoas naturais, muito mais se questiona o fato de que um oficial com atribuição notarial possa lavrar testamentos públicos e cerrados, e seu colega com competência distrital, não.

É uma disposição que afronta não apenas a lei, mas também o desenvolvimento da atividade notarial em seu âmbito, pois cria distinções entre notários, onde tal distinção não pode existir.

Portanto, conclui-se que esse dispositivo não é de observância obrigatória pelos notários mineiros, pois uma norma administrativa, e é essa a natureza jurídica do código de normas da Corregedoria-Geral de Justiça, não pode se sobrepor à lei, para reduzir a competência do notário, em especial se considerada a justificativa utilizada, um critério territorial jamais mencionado pela lei.

Para evitar prejuízos aos notários que se situam nesta posição, recomenda-se a pronta extinção dessa disposição administrativa, que, embora não deva ser respeitada, pode causar temor de punições entre os notários, temor esse que não se justifica e decorre puramente de uma criação arbitrária.

Dito isso, reforça-se que o notário é o profissional com capacidade técnica e jurídica para a lavratura de testamentos públicos e cerrados, instrumento jurídico de longa tradição no direito brasileiro, e que merece maior utilização, ideal que apenas se concretizará pela divulgação e pelo incentivo à utilização desse instituto jurídico, responsabilidade que cabe aos profissionais da área, especialmente advogados e notários, mas sempre observados os critérios legais estabelecidos, em especial o estrito respeito à livre manifestação de vontade do testador.

5. Conclusão

Apesar de o instituto jurídico do testamento ser antigo e muito estudado, no direito brasileiro, nota-se que sua aplicação prática é escassa. Poucos são os que se interessam por deixar sua vontade consolidada em testamento, sem se aperceber do imenso impacto que produz. O testamento é instituto jurídico que privilegia a máxima autonomia da vontade.

Por meio dele, o testador pode dispor sobre assuntos patrimoniais e não patrimoniais, especialmente, entre esses, questões relativas à vida familiar, como a nomeação de tutor, ou a instituição de bem de família. No tocante às questões patrimoniais, a utilização do testamento confere incontáveis possibilidades, desde que respeitada a limitação legal que protege a legítima de herdeiros necessários, que são os cônjuges, ascendentes e descendentes.

A tarefa de indicar qual a causa da pouca utilização do testamento no Brasil é difícil, mas pode-se aventar que está relacionada tanto ao desconhecimento de sua utilidade, e na crença sobre a justiça das determinações legais sobre a sucessão, quanto à pouca poupança acumulada pelo brasileiro médio.

Mas, é importante que os profissionais do universo jurídico, especialmente notários e advogados, apontem para os benefícios do testamento, que podem resolver diversas questões que, esquecidas pelo testador, podem resultar na eclosão de conflito entre familiares.

Os notários são os profissionais encarregados da lavratura dos testamentos públicos e da aprovação dos cerrados, e detém a função de aconselhamento, a qual devem desempenhar com primor, mas sem se olvidar que a palavra última é a do testador. Os notários devem avaliar se os testadores comparecem para a lavratura do testamento livres de sugestão, induzimento ou coação.

Verificando a possibilidade de lavratura do testamento, devem aconselhar o testador e fazê-lo sem medo, pois essa é uma via legal e absolutamente legítima de consolidar a vontade do testador, que pode evitar a eclosão ou o prolongamento de conflitos entre seus familiares, entes queridos, além de prestigiar outras pessoas que lhe afiguram merecedoras de sua atenção.

Bibliografia

ANTONINI, Mauro. **Sucessão necessária**. 230f. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso Furtado. **Tabelionato de notas e o notário perfeito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ERPEN, Décio Antônio [et al.]; coord. DIP, Ricardo. **Introdução ao direito notarial e registral**. Porto Alegre: Fabris, 2014.

GALLUCI, Fernanda Fernandes. **A funcionalidade objetiva do testamento como expressão de liberdade no planejamento sucessório**. 2019. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **O companheiro na qualidade de herdeiro necessário e seu direito à legítima**. 2013. 478f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática.** 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

RODRIGUES, Elza de Faria. **Testamentos: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

RODRIGUES, Felipe Leonardo. FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. **Tabelionato de notas.** 3 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

TOLEDO, Maria Beatriz de Miranda. **Nulidades das disposições testamentárias.** 2020. 221f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo.